L’élargissement du domaine du recours de plein contentieux par rapport à celui du recours pour excès de pouvoir

Commentaire

1. Définitions préalables. Le recours pour excès de pouvoir peut être défini comme un recours en annulation « ouvert même sans texte contre tout acte administratif, et qui a pour effet d’assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect du principe de légalité » (CE, Ass., 17 février 1950, *Ministre de l’Agriculture c. Dame Lamotte*, **doc. n°8**). Il n’est possible que contre les actes administratifs unilatéraux, les contrats administratifs ne pouvant en principe faire l’objet d’une telle action en justice. Largement ouvert au justiciable (dans la mesure où son exercice est dispensé de ministère d’avocat depuis un décret du 2 novembre 1864 et que l’intérêt pour agir y est entendu de manière très libérale), il peut conduire à l’annulation de l’acte attaqué. Cette annulation a une autorité absolue de chose jugée, autrement dit elle s’impose non seulement aux parties au litige mais aussi aux tiers (les décisions de rejet ont par contre une simple autorité relative de chose jugée).

Contrairement au recours pour excès de pouvoir, qui obéit à un régime juridique unique (même si l’on peut y assimiler le recours en déclaration d’inexistence, le déféré préfectoral et le recours en appréciation de légalité qui présentent quelques particularismes), le recours de pleine juridiction (dit également de plein contentieux, les deux expressions ayant la même signification) n’est, contrairement à ce que sa dénomination peut laisser croire, absolument pas une seule et unique voie de droit. Il s’agit en effet bien au contraire d’une commodité de langage désignant l’ensemble des recours où le juge dispose de pouvoirs étendus, supérieurs à l’annulation, où le juge administratif peut si besoin est condamner l’administration à verser

une somme d'argent ou encore réformer une décision administrative. Ces recours sont très nombreux, parfois très anciens, et aucune liste parfaitement exhaustive n'a jamais été fournie par les auteurs ou par les pouvoirs publics. Ils sont généralement classés en deux catégories et seule la seconde de ces catégories entre véritablement dans le champ de cette étude. La première est celle des recours de plein contentieux dits subjectifs, expression qui désigne pour l'essentiel le contentieux de la responsabilité et le contentieux contractuel (ou plus exactement les litiges opposant les parties à un contrat administratif). La seconde catégorie regroupe les recours de plein contentieux dits objectifs. Le point commun de ces derniers, qui les distingue des hypothèses entrant dans le premier sous-ensemble, est qu'y est avant tout en cause la légalité d'un acte administratif unilatéral ou d'une opération administrative. Le juge y contrôle donc, comme en matière d'excès de pouvoir, la légalité d'un acte administratif (d'où leur qualificatif de recours objectifs) mais il dispose alors de pouvoir plus étendus, pouvant non seulement annuler l'acte litigieux mais aussi le réformer, le modifier et ainsi vider entièrement le litige. S'interroger sur « l'élargissement du domaine du recours de plein contentieux par rapport à celui du recours pour excès de pouvoir » n'a évidemment de sens qu'à propos des recours de plein contentieux objectif. Portant sur des actes et des objets différents, le recours pour excès de pouvoir et les recours de plein contentieux subjectifs ne peuvent être substitués les uns aux autres (tout au plus peuvent-ils se superposer). Leurs domaines respectifs sont en principe étanches et des conclusions à fin d'annulation pour excès de pouvoir et en réparation peuvent parfaitement être juxtaposées dans une seule et même requête (CE, 31 mars 1911, *Blanc, Argaing et Bezie*), chacune d'entre elles conservant son identité propre et étant soumise à son régime particulier. De même, le juge a le pouvoir de requalifier un recours pour excès de pouvoir en recours de plein contentieux lorsque les conclusions du requérant sont en fait indemnitaires (CE, 27 septembre 2006, *Maupas*). La situation est par contre radicalement différente à propos des rapports entre recours pour excès de pouvoir et recours de plein contentieux objectif. Ils se partagent en effet le champ du contrôle de la légalité des actes administratifs unilatéraux et le législateur ou le juge peuvent ainsi décider suivant les cas d'accroître le champ du plein contentieux au détriment de celui de l'excès de pouvoir ou inversement. On relèvera d'ailleurs que la compétence en la matière ne peut en principe qu'appartenir au juge administratif. Le Conseil constitutionnel a en effet dégagé une règle de valeur constitutionnelle suivant laquelle l'annulation (autrement dire le recours pour excès de pouvoir) et la réformation (c'est-à-dire les recours de plein contentieux objectif) des actes administratifs unilatéraux relèvent de la compétence constitutionnellement garantie des juridictions administratives et ce conformément à ce qu'il nomme « la conception

française de la séparation des pouvoirs » (Conseil constitutionnel, 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, **doc. n°1**). Cela signifie donc que si le plein contentieux subjectif peut en principe être transféré au juge judiciaire, tel n'est normalement pas le cas du plein contentieux objectif.

2. Historique. Le contentieux administratif s'est progressivement développé au XIX^{ème} siècle. Initialement, seul le recours de plein contentieux (alors nommé recours contentieux proprement dit) existait. Il était logique que le juge administratif dispose de très larges pouvoirs à l'égard des actes administratifs unilatéraux dans la mesure où ce juge appartenait alors à l'administration elle-même. Le recours pour excès de pouvoir, initialement confondu avec le recours en cassation (ce qui montre bien que la distinction entre acte administratif et acte juridictionnel était à cette époque très incertaine), était jusqu'aux années 1860 une voie de droit marginale. C'est véritablement le décret du 2 novembre 1864 qui, en rendant son usage moins coûteux, a permis son développement et son individualisation. Justifiée par des considérations politiques (donner au pouvoir central les moyens de contrôler, via le Conseil d'Etat, les actes des autorités locales), cette réforme a connu un grand succès auprès des justiciables, jouant le rôle de « soupape de sûreté » du régime politique. Le Conseil d'Etat a alors été contraint d'instaurer la théorie dite de l'exception de recours parallèle qui existe encore aujourd'hui et qui signifie que le recours pour excès de pouvoir n'est ouvert contre un acte administratif unilatéral que si le justiciable ne peut user d'un recours de pleine juridiction à l'encontre de cet acte. Cela explique ainsi qu'un électeur ne puisse former un recours pour excès de pouvoir contre les résultats d'une élection ou encore qu'un contribuable ne puisse faire de même au sujet de son imposition. Dans les deux cas, l'administré dispose en effet de la possibilité d'user d'un recours de plein contentieux.

Le développement du recours pour excès de pouvoir est le résultat d'une politique jurisprudentielle du Conseil d'Etat. Ce dernier, afin d'assurer la soumission de l'administration au droit, a étendu le champ de ce recours, réduisant progressivement la liste des actes unilatéraux insusceptibles d'être contestés en justice. Mais, afin de préserver la marge de manœuvre des autorités administratives, le juge administratif (qui a acquis son indépendance vis-à-vis de l'administration à la fin du XIX^{ème} siècle), s'est limité à annuler ces actes. Le recours pour excès de pouvoir a ainsi été conçu bien davantage comme un moyen de bonne administration que comme une action en justice centrée sur la protection des intérêts individuels des justiciables. Cette situation a été confirmée par la jurisprudence du début du XX^{ème} siècle. Le Conseil d'Etat va alors décider d'étendre la notion d'intérêt pour agir en

matière d'excès de pouvoir (CE, 29 mars 1901, *Casanova*, reconnaissance de l'intérêt pour agir des contribuables communaux contre les décisions de la commune ayant une incidence sur les finances de cette dernière ; CE, 11 décembre 1903, *Lot*, intérêt pour agir des fonctionnaires contre la nomination d'un autre agent susceptible de contrarier leur carrière ; CE, 28 décembre 1906, *Syndicat des Patrons coiffeurs de Limoges*, intérêt pour agir des syndicats et groupements contre les actes réglementaires et les actes individuels positifs lésant les intérêts collectifs de leurs membres) et refuser d'aller au-delà de son pouvoir d'annulation. Cette situation est très clairement résumée par un auteur du début du XX^{ème} siècle qui soulignait qu'en procédant de la sorte la haute juridiction administrative usait « du recours pour excès de pouvoir comme d'un vrai moyen de gouvernement, en vue du redressement des torts causés, et cela dans l'intérêt de la bonne administration de la République plus encore que dans l'intérêt de l'individu, qui ne trouve satisfaction en quelque sorte que par surcroît » (René Jacquelin).

IL est même possible de considérer que durant la plus grande partie du XX^{ème} siècle le domaine du recours pour excès de pouvoir s'est développé par rapport à celui du plein contentieux. Ce développement a pris deux formes principales. La première consiste en la mise en œuvre de la théorie dite de l'acte détachable. Le Conseil d'Etat a sur cette base accepté d'ouvrir le recours pour excès de pouvoir contre des actes unilatéraux détachables d'une opération relevant en principe du plein contentieux. Cette théorie est applicable en matière contractuelle (CE, 4 août 1905, *Martin*), électorale (CE, 7 août 1903, *Chabot*) et fiscale (CE, 28 février 1913, *Breil*). C'est ainsi, par exemple, que si le contrat ne peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir (sauf s'il s'agit d'un contrat de recrutement d'agent public, CE, Sect., 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux*, **doc. n°10**, ou s'il s'agit en fait d'un acte mixte, autrement dit s'il contient à la fois des clauses contractuelles et réglementaires, ces dernières pouvant alors être contestées par la voie du recours pour excès de pouvoir, CE, Ass., 10 juillet 1996, *Cayzeele*), la décision de le conclure ou encore la décision d'approbation du contrat sont par contre attaquables par cette voie. Leur annulation, longtemps considérée comme simplement platonique (autrement dit comme n'ayant aucune incidence sur la validité du contrat lui-même), peut de surcroît désormais avoir une incidence sur ce dernier et conduire à ce que le juge administratif déclare la nullité du contrat (CE, 10 décembre 2003, *Institut de recherche pour le développement*). La seconde forme de développement du recours pour excès de pouvoir est couramment désignée sous le nom de jurisprudence *Lafage* (CE, 8 mars 1912, *Lafage*). Cette jurisprudence permet au justiciable, dans certaines hypothèses, de choisir entre le recours pour excès de pouvoir et le plein

contentieux. Elle constitue donc une exception à la théorie précitée dite de l'exception de recours parallèle. Elle ne vaut que pour certains actes à objet pécuniaire (refus de versement d'une somme d'argent ou au contraire décision ordonnant à l'administré de s'acquitter d'une somme d'argent). Le requérant, s'il ne contente de demander l'annulation de la décision au motif qu'elle est illégale, peut choisir de former un recours pour excès de pouvoir et non un recours de plein contentieux. Le champ d'application de cette jurisprudence a toutefois substantiellement diminué à la fin des années 1980 et au début des années 1990. Elle ne vaut désormais pour l'essentiel plus qu'en matière de fonction publique. Il n'est applicable dans les autres chapitres du droit administratif que lorsque l'acte querellé est l'accessoire d'un autre acte ayant à titre principal un objet différent et entrant de manière incontestable dans le champ du recours pour excès de pouvoir.

3. Transformation du sujet depuis une quinzaine d'années. La situation semblait alors à peu près stabilisée. Le recours pour excès de pouvoir s'était étendu sans pour autant que ne disparaisse d'importantes hypothèses traditionnelles de plein contentieux objectif (le contentieux fiscal, le contentieux électoral, le contentieux des pensions…). Puis deux phénomènes convergents quoique distincts sont apparus et justifient que l'on s'interroge désormais, pour citer le titre de quelques études publiées depuis une dizaine d'années, sur « l'éclipse du recours pour excès de pouvoir », « la fin du recours pour excès de pouvoir » ou encore « l'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français ».

Le premier est que le législateur, et parfois aussi le juge, ont désormais tendance à privilégier le plein contentieux objectif. Cela signifie que lorsqu'un nouveau recours est créé contre un acte administratif unilatéral, ou que lorsqu'il convient de déterminer la nature d'un recours plus ancien mais dont le caractère est encore incertain, ils choisissent généralement d'en faire un recours de plein contentieux objectif et non un recours pour excès de pouvoir. Ce phénomène a évidemment une influence directe sur le thème ici étudié. Il contribue à élargir le domaine du plein contentieux objectif et symétriquement à réduire celui du recours pour excès de pouvoir.

Le second phénomène est à certains égards encore plus spectaculaire et aboutit à remettre en cause la logique même de la distinction entre recours pour excès de pouvoir et plein contentieux objectif. Suite à la loi du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative (dont les dispositions intéressant notre sujet sont désormais codifiée aux articles L.911-1 et suivants du Code de justice administrative), le juge administratif s'est vu reconnaître un pouvoir d'injonction à l'encontre de l'administration

afin de faire assurer l'exécution de ses décisions, et ce que le juge soit saisi d'un recours pour excès de pouvoir ou d'un recours de plein contentieux. Cette réforme législative, appliquée de manière ouverte par le Conseil d'Etat, a déclenché une série d'évolutions jurisprudentielles de grandes envergure qui aboutit à ce que de nombreux auteurs, universitaires ou membres du Conseil d'Etat, estiment que l'on assiste à « l'effacement de la distinction entre le juge de l'excès de pouvoir et le juge de plein contentieux ».

On constate donc non seulement l'élargissement du champ du plein contentieux objectif mais aussi la remise en cause de la distinction entre recours pour excès de pouvoir et recours de plein contentieux et à l'alignement du premier sur le second. Ces deux évolutions spectaculaires seront étudiées successivement.

I. La préférence contemporaine pour le recours de plein contentieux objectif

Il s'agit ici non seulement de présenter de manière détaillée le droit positif mais aussi de mettre en évidence les éléments expliquant cette évolution. Cette préférence sera donc illustrée (**A**) avant d'être justifiée (**B**).

A. Illustrations

Les nouvelles hypothèses de plein contentieux objectif sont pour l'essentiel d'origine législative et à un degré moindre réglementaire (**1°**). Il arrive toutefois également que la jurisprudence aille dans le même sens (**2°**)

1°) Illustrations législatives et réglementaires

4. Une liste croissante (l'exemple de l'année 2006). Il est dans le cadre de cette étude, compte tenu du nombre d'hypothèses identifiables, absolument impossible d'être exhaustif. Le cas de l'année 2006 illustre cette véritable profusion de recours objectifs de plein contentieux, le phénomène semblant avoir été initié par une loi du 19 juillet 1977 relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante.

L'accélération du développement des recours de plein contentieux objectif est remarquable. En 2006, pas moins d'une loi organique, sept lois ordinaires et un décret sont venus enrichir la liste de ces recours (en plus de deux ordonnances dont l'une codifie une hypothèse

préexistante et l'autre étend le champ d'application territoriale d'un régime de sanction administrative et du recours de pleine juridiction correspondant). Il s'agit de la loi organique du 5 avril 2006 relative à l'élection du Président de la République (ce recours de pleine juridiction ayant la particularité d'être ouvert devant le Conseil constitutionnel, art. 3) ; de la loi du 5 janvier 2006 d'orientation agricole (art. 78) ; de la loi du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers (art. 7) ; ; de la loi du 13 juin 2006 relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire (Article 45) ; de la loi du 28 juin 2006 de programme relative à la gestion durable des matières et déchets radioactifs (article 8) ; de la loi du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie (art 51) ; de la loi du 21 décembre 2006 de financement de la sécurité sociale pour 2007 (art. 56) ; du décret du 23 mai 2006 relatif aux obligations d'économies d'énergie dans le cadre du dispositif des certificats d'économies d'énergie (article 9) ; du décret du 28 novembre 2006 relatif à la promotion des économies d'énergie dans les messages publicitaires des entreprises du secteur énergétique (art. 4).

5. Diversité des hypothèses. La plupart des exemples qui suivent concernent le contentieux des sanctions administratives, et ce qu'elles soient infligées par des autorités administratives indépendantes ou par l'administration traditionnelle. Elles peuvent être dans de nombreuses hypothèses soumis au Conseil d'Etat statuant en premier et dernier ressort (la liste fournie par l'article L.311-4 du code de justice administrative n'étant pas à jour et absolument pas complète) mais il arrive également qu'elles relèvent de la compétence des tribunaux administratifs. On peut réunir quelques illustrations en trois grandes catégories.

6. Sanctions infligées par des autorités administratives indépendantes. Un exemple significatif est fourni par les sanctions infligées par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (art. L.5-3 et L.36-11 4° du code des postes et des communications électroniques). Les exploitants de réseaux et fournisseurs de services de communications électroniques peuvent être suspendus (totalement ou partiellement, pour un mois au plus), faire l'objet d'une réduction de durée de décision d'attribution (d'un an au plus) voire d'un retrait de cette décision. La sanction peut aussi être pécuniaire et son montant doit alors être proportionné à la gravité du manquement reproché et aux avantages qui en ont été tirés et ce dans la limite de 3% du chiffre d'affaires hors taxe du dernier exercice clos (5% en cas de récidive). Le juge compétent pour apprécier la légalité de ces sanctions est le Conseil d'Etat saisi d'un recours de pleine juridiction. Le prestataire de service universel postal et les prestataires de services postaux non réservés relatifs aux envois de correspondance peuvent également être sanctionnés dans des conditions comparables.

On peut aussi mentionner : les sanctions infligées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel (loi du 30 septembre 1986 modifiée, loi relative à la liberté de communication, art. 42-8 et 48-8) ; les sanctions infligées par la Commission de régulation de l'énergie (art. 40 de la loi du 10 février 2000 modifiée relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité) ; les sanctions infligées par la commission nationale informatique et libertés (article 46 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés) ; les sanctions infligées par l'Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires (art. L.227-4 du Code de l'aviation civile) ; les sanctions infligées par l'Autorité des marchés financiers (article R.621-45 du code monétaire et financier) ; les sanctions infligées par l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles (art. L.310-18 et L.310-18-1 du code des assurances et article L.510-11 du code de la mutualité) ; les sanctions infligées par l'Agence française de lutte contre le dopage (art. L.232-24 et L.241-8 du code du sport)….

7. Sanctions infligées par des autorités administratives traditionnelles, centrales ou déconcentrées. Une illustration intéressante est fournie par l'article L.313-13 du code de la construction et de l'habitation. Le ministre chargé du logement peut sur cette base, sur proposition de L'Agence nationale pour la participation des employeurs à l'effort de construction (établissement public industriel et commercial), infliger une sanction pécuniaire ou d'interdiction aux associations à caractère professionnel ou interprofessionnel agréées aux fins de participer à la collecte des sommes en cause. Ce recours de pleine juridiction est formé devant le Conseil d'Etat (en application de l'article L.311-4 2° du code de justice administrative).

On signalera aussi, au sein d'une liste très diversifiée, les sanctions infligées par le ministre chargé de l'énergie (art 31 de la loi du 3 janvier 2003 modifiée relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie), les sanctions infligées par le ministre chargé des hydrocarbures ou le ministre de la marine marchande (art. 12-III, 13, 14 et 16 de la loi du 31 décembre 1992 réformant le régime pétrolier), les sanctions infligées sur la base du code de l'aviation civile (art. R.160-14 et R.217-3 du code de l'aviation civile), les sanctions infligées par le ministre chargé des voies navigables (art. 12 de la loi du 12 juillet 1994 relative à l'exploitation commerciale des voies navigables). Sont en cause des sanctions pécuniaires infligées aux entreprises s'étant rendues coupables de manquements graves et répétés aux règles applicables aux contrats de transport public de marchandise, les sanctions infligées par la commission des recours en matière de contrôle des structures des exploitations agricoles (art. L.331-8 du Code rural), les nombreux cas de sanctions préfectorales, en

particulier celles prononcées sur la base de la législation relative à la protection de l'environnement au sens large (art. L. 226-8 du code de l'environnement, pollution atmosphérique ; L.216-2 du code de l'environnement, contraventions au régime de l'eau ; art. L.581-26 du Code de l'environnement, déversement de rejets nuisibles en mer ou dans les eaux salées ; art. L.581-26, violation du régime de déclaration préalable en matière de publicités et d'enseignes)…

8. Litiges ne portant pas sur des sanctions. Ce cas de figure, plus rare que les précédents, est par exemple illustré par le contentieux de la contestation des décisions de la Commission nationale d'indemnisation des courtiers maritimes (art. 3 de la loi du 16 janvier 2001 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine des transports). Mettant fin au droit de présentation des titulaires d'office de courtiers interprètes et conducteurs de navires, cette loi a prévu leur indemnisation. Le montant de l'indemnisation est évalué par une commission nationale présidée par un magistrat de la Cour des comptes. Les décisions de la commission peuvent faire l'objet d'un recours de pleine juridiction devant le Conseil d'Etat.

On mentionnera comme autres exemples le contentieux des décisions relatives à l'agrément des associations de protection de l'environnement et des organismes spécialisés dans la recherche, l'expérimentation et la mise en œuvre des moyens de combattre les pollutions accidentelles des eaux (art. L.141-1 et L.211-6 du code de l'environnement), la contestation des décisions du fond de garantie des dépôts (art. L.312-5 du code monétaire et financier), le contentieux des décisions de la Commission chargée de régler les différents relatifs au transfert des ouvrages relevant du réseau public de transport d'électricité (art. 10 de la loi du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières) ou encore celui des décisions relatives à l'autorisation des ouvrages, travaux et activités réalisés à des fins non domestiques et entraînant des prélèvements sur les eaux (art. L.214-10 du code de l'environnement)…

2°) Illustrations jurisprudentielles

9. Réticence initiale du Conseil d'Etat à propos du contentieux des sanctions administratives ? Les illustrations jurisprudentielles sont nettement moins nombreuses que les exemples législatifs et réglementaires. On peut même considérer que le Conseil d'Etat a dans une certaine mesure tenté de s'opposer au mouvement ci-dessus détaillé. Saisi en 1991 d'un recours formé contre une lourde sanction pécuniaire prononcée par une autorité

administrative indépendante désormais disparue (le Conseil des bourses de valeur, remplacé en 1996 par le Conseil des marchés financiers qui est lui-même devenu en 2003 l'Autorité des marchés financiers), il revenait en effet au juge de préciser la nature du recours ouvert contre la sanction dans la mesure où le législateur ne l'avait pas indiqué, se contentant d'affirmer que le juge administratif était compétent. Or l'Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat a à cette occasion opté pour le recours pour excès de pouvoir (CE, Ass., 1er mars 1991, *Le Cun*, **doc n°9**). Il a ainsi confirmé sa jurisprudence traditionnelle suivant laquelle le recours ouvert contre une sanction non juridictionnelle est le recours pour excès de pouvoir (CE, 5 avril 1944, *Guignard*). Mais cet arrêt de 1991, qui intervient dans le contexte du développement législatif des recours de plein contentieux objectif, doit sans doute être interprété comme signifiant que pour le Conseil d'Etat un recours pour excès de pouvoir dans lequel le juge administratif opère un contrôle entier offre une protection suffisante aux justiciables. Cette interprétation est corroborée par la lecture des conclusions du commissaire du gouvernement dans cette affaire. Mme De Saint-Pulgent soulignait sa « forte répugnance à admettre que le recours pour excès de pouvoir puisse ne pas présenter de garanties suffisantes pour les personnes faisant l'objet de sanctions non juridictionnelles, alors que c'est le contentieux de l'excès de pouvoir qui a permis au Conseil d'Etat d'asseoir son contrôle de l'action administrative et de combiner les exigences de protection des libertés publiques et d'efficacité du service public ». Mais elle ajoutait immédiatement qu'il convenait de s'interroger « sur le degré de contrôle que le juge de l'excès de pouvoir doit exercer sur la gravité des sanctions ».

Il convient ici de rappeler que le contrôle du juge de l'excès de pouvoir est variable en ce qui concerne la vérification de la légalité des motifs de l'acte. Il peut être restreint (c'est le contrôle dit de l'erreur manifeste de l'appréciation), entier (le juge contrôle de manière rigoureuse la qualification juridique des faits ou l'adéquation de l'objet de l'acte à ses motifs) ou maximum (il est alors dit de stricte proportionnalité). L'arrêt *Le Cun* signifie que, pour le Conseil d'Etat, le contrôle des sanctions administratives ne peut être opéré via le recours pour excès de pouvoir si le juge s'y contente d'opérer un contrôle restreint. Il n'est pas pour autant nécessaire de l'opérer via le recours de pleine juridiction. Le recours pour excès de pouvoir demeure suffisant mais il convient toutefois que le juge exerce alors un contrôle entier. Le champ du recours pour excès de pouvoir est ainsi préservé. Cette tentative de protéger le champ du recours pour excès de pouvoir s'est toutefois révélée vaine dans la mesure où le législateur a amplifié après 1991 le mouvement de soumission de nombreuses sanctions administratives à un recours de pleine juridiction. De plus, le Conseil d'Etat n'a pas hésité à reconnaître ou confirmer la nature de recours de pleine juridiction de recours ouverts contre

des actes administratifs unilatéraux et portant sur la légalité de ces derniers, autrement dit de recours dits objectifs.

10. Allongement par le Conseil d'Etat de la liste des recours objectifs de pleine juridiction. Cette liste, nonobstant les hypothèses législatives récentes évoquées ci-dessus, est ancienne et bien fournie (contentieux fiscal, contentieux électoral, contentieux des pensions, contentieux des installations classées pour la protection de l'environnement, contentieux des immeubles insalubres…). Le Conseil d'Etat a, en dehors du champ des sanctions administratives où il se contente d'appliquer les choix du législateur ou du gouvernement, participé de manière significative au développement du recours objectif de plein contentieux. Sont ainsi par exemple considérés comme appartenant à cet ensemble : le contentieux de la qualité de réfugié (CE, Sect., 8 janvier 1982, *Aldana Barreña*) ; le contentieux des autorisations de plaider (CE, Ass., 26 juin 1992, *Pezet et San Marco*) ; le contentieux de la reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé (CE, 4 novembre 1994, *Abderrahmane*) ; le contentieux des décisions de la commission nationale fixant le montant de l'indemnisation des commissaires-priseurs suite à la suppression de leur monopole (CE, 30 juin 2003, *SCP Chenu-Scrive-Bérard*, **doc. n°13**)…Pour autant, cette qualification n'est absolument pas systématique. C'est ainsi que le recours contre les décisions du conseil médical de l'aéronautique civile est un recours pour excès de pouvoir (CE**,** 25 novembre 2005, *A.*, **doc n°17**).

B. Justifications

Le développement du plein contentieux objectif, spécialement en matière de sanctions administratives, est apparemment justifié par l'influence du droit européen (**1°**). Mais, plus profondément c'est l'efficacité du plein contentieux qui explique souvent qu'il prenne le pas sur le recours pour excès de pouvoir (**2°**).

1°) Une justification apparente : l'influence du droit européen

L'influence européenne nous paraît sur cette question surévaluée par certains commentateurs. Si le droit européen incite à développer le plein contentieux, il n'impose en principe pas de le faire. Autrement dit, les autorités nationales demeurent normalement libres de choisir le type de recours ouvert contre tel ou tel acte unilatéral.

11. L'influence limitée du droit communautaire. On doit ici mentionner l'article 229 du Traité instituant la Communauté européenne. Il dispose que « les règlements arrêtés conjointement par le Parlement européen et le Conseil, et par le Conseil en vertu des dispositions du présent traité peuvent attribuer à la Cour de justice une compétence de pleine juridiction en ce qui concerne les sanctions prévues dans ces règlements ». Cet article ne s'applique absolument pas aux recours ouverts devant les juridictions françaises, et ce même dans l'hypothèse où le litige entrerait dans le champ d'application du droit communautaire. La latitude de choix des autorités nationales n'est donc pas entamée.

12. L'influence discutée de la convention européenne des droits de l'homme. La question est autrement plus discutée que celle de l'influence du droit communautaire. L'incidence de l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales a en effet été diversement appréciée dans le temps. Rappelons que cette disposition prévoit en particulier que « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ».

13. Une influence d'abord majorée. Le Conseil d'Etat a initialement estimé, dans son rôle de conseil du gouvernement et non en tant que juge administratif suprême, dans un avis du 6 mai 1976 que seul un recours de pleine juridiction était de nature à satisfaire les exigences de l'article 6§1 à propos de la répression des ententes et autres abus de position dominante.

Cette position a semblée corroborée par le Conseil constitutionnel dans une importante décision du 17 janvier 1989 (**doc. n°2**). Dans cette décision où il admet clairement la constitutionnalité de l'institution d'autorités administratives indépendantes (alors même que le texte constitutionnel semblait l'exclure dans la mesure où son article 20 dispose que le Gouvernement dispose de l'administration), le Conseil constitutionnel considère également que le législateur a la possibilité de leur confier des pouvoirs de sanction. Mais il précise « qu'il appartient au législateur d'assortir l'exercice de ces pouvoirs de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis ». Il énumère ensuite toute une série de garanties prévues en l'espèce par le législateur (absence de caractère automatique de la sanction ; obligation de motivation ; respect du principe de proportionnalité…) et indique « qu'il convient de relever également que toute décision infligeant une sanction peut faire l'objet devant le Conseil d'Etat d'un recours de pleine juridiction ». Cette formule peut faire l'objet de deux lectures. La première consiste à considérer que pour le Conseil constitutionnel les sanctions pécuniaires infligées par les autorités administratives indépendantes ne sont

conformes à la Constitution que si elles peuvent faire l'objet d'un recours de pleine juridiction. Le droit constitutionnel viendrait ici prendre le relais du droit européen des droits de l'homme et condamner le recours pour excès de pouvoir en matière de contrôle des sanctions administratives. La seconde lecture, qui s'est finalement imposée et qui est la plus conforme à la formulation retenue par la décision du 17 janvier 1989, revient à estimer que la mention du caractère de pleine juridiction du recours ouvert contre les sanctions est en l'espèce purement descriptive. Autrement dit, le Conseil constitutionnel se contente de relever qu'un tel recours est possible sans pour autant affirmer qu'il est nécessaire.

14. Une influence ensuite minorée. La position du Conseil d'Etat a ensuite évolué comme l'illustre son arrêt *Le Cun* de 1991 déjà étudié. Cette analyse a été précisée dans un rapport du Conseil d'Etat intitulé *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions* (publié en 1995). La Section du rapport et des études du Conseil d'Etat y écrit que « le choix reste ouvert » entre recours pour excès de pouvoir et recours de plein contentieux et que « la solution n'est pas commandée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, pas plus qu'elle ne l'est par celle du Conseil constitutionnel. Les seuls guides sont à rechercher dans un besoin de justice de plus en plus exigeant, et dans le souci de la rapidité et de l'efficacité ».

15. Une influence difficile à déterminer. La question est ici compliquée par le caractère très incertain de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui a donné lieu sur cette question à des interprétations multiples et contradictoires. Il semble toutefois possible de synthétiser la situation sur la base de quatre propositions complémentaires.

La première est que l'incidence de l'article 6§1 se situe entre les deux extrêmes adoptés par le Conseil d'Etat en 1976 et 1991-1995. Autrement dit, elle n'est ni absolue ni inexistante.

La deuxième proposition est que l'utilisation de l'expression « pleine juridiction » dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ne doit pas tromper. Son sens est différent de celui retenu en droit français. La Cour ne désigne généralement pas par cette formule les pouvoirs de décision du juge mais uniquement le fait que les juridictions nationales doivent exercer un contrôle étendu sur les faits du litige et les règles de droit applicables. Pleine juridiction au sens européen serait donc plus proche de contrôle normal au sens du droit français (V. *supra* n°9) que de recours de plein contentieux.

La troisième proposition est que la jurisprudence européenne semble relativement stabilisée lorsqu'est en cause le volet civil de l'article 6§1, autrement dit à propos des litiges ayant un objet ou des incidences patrimoniales (catégorie qui englobe une large part du contentieux administratif au sens du droit interne). Elle exige en la matière uniquement un contrôle

complet de légalité incluant l'ensemble des questions de droit et de fait portant sur l'acte administratif querellé et l'appréciation de l'adéquation de l'objet de l'acte à ses motifs, de sa proportionnalité.

La quatrième proposition est la plus discutée et peut être formulée sous forme d'interrogation. La jurisprudence européenne exige-t-elle davantage en matière pénale (qui inclut une partie du contentieux administratif et dont le champ d'application est déterminé par la qualification de la mesure en droit interne et surtout la nature de l'infraction et la gravité de la sanction) ? Certains arrêts semblent orientés en ce sens (notamment CEDH, 23 octobre 1995, *Schmautzer c. Autriche,* **doc. n°4**, où la Cour affirme qu'un organe judiciaire de pleine juridiction doit être doté du « pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise, rendue par l'organe inférieur »). D'autres décisions sont beaucoup moins exigeantes. C'est ainsi que dans l'arrêt *Malige c. France* du 23 septembre 1998 (**doc. n°5**) la Cour européenne des droits de l'homme, à propos du contentieux du permis de conduire à points, considère qu'à partir du moment où la loi elle-même a prévu la modulation de la sanction en fonction de la gravité de l'infraction commise il n'est pas nécessaire que le juge interne dispose d'un pouvoir de modulation de la sanction (le système a également été admis par le Conseil constitutionnel, Décision du 16 juin 1999, *Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs*, **doc. n°3**). Compte tenu de ces incertitudes jurisprudentielles, on ne s'étonnera pas qu'une divergence existe entre juridictions françaises sur cette question. La Cour de cassation s'est ainsi reconnu un pouvoir de modulation des sanctions fiscales (Cass. Com., 29 avril 1997, *Ferreira,* **doc. n°6**) tandis que le Conseil d'Etat estime que le droit européen impose simplement un plein contrôle sur les faits invoqués et la qualification retenue par l'administration et qu'il suffit ensuite que le juge interne confirme ou annule la sanction sans la moduler (CE, Sect., 28 juillet 1999, *GIE Mumm-Perrier-Jouët*, **doc. n°12**).

2°) Une justification réelle : l'efficacité du plein contentieux objectif

16. L'intérêt principal du plein contentieux objectif : l'étendue des pouvoirs de décision du juge. Il est logique que ce soit la principale originalité du plein contentieux objectif, le fait que le juge administratif puisse non seulement annuler les actes administratifs mais aussi les réformer (par exemple en réduisant le montant d'une sanction), qui constitue le principal argument en faveur de son développement. Le juge peut en effet mettre définitivement fin au litige non seulement en constatant l'illégalité de l'acte litigieux mais aussi en en tirant toutes

les conséquences sur la situation litigieuse. Alors que le recours pour excès de pouvoir est classiquement centré sur l'acte querellé, le recours de pleine juridiction permet d'examiner l'ensemble de la situation litigieuse.

Le choix du plein contentieux a également une incidence sur l'équilibre des pouvoirs entre administration et juge administratif, autrement dit sur le principe de séparation des pouvoirs. Le juge de l'excès de pouvoir dispose en effet uniquement de pouvoirs « négatifs », l'annulation pouvant juridiquement s'analyser comme l'acte contraire de l'acte administratif querellé. Il peut de surcroît préserver la marge d'appréciation de l'administration en exerçant un contrôle limité sur certaines questions notamment en se contentant d'opérer un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation ou de l'absence de disproportion manifeste. Le juge de plein contentieux a pour sa part des pouvoirs « positifs », pouvant modifier le contenu de l'acte administratif. Il substitue donc dans une certaine mesure son appréciation à celle de l'administration. Par exemple, il ne se contente pas d'indiquer qu'une sanction administrative est illégale et de la censurer mais il la remplace le cas échéant par la sanction qui lui semble la plus adéquate. Une telle appréciation n'est pas toujours évidente et aboutit à ce que le juge administratif fasse alors dans une certaine mesure « acte d'administrateur » car, comme le soulignait le Conseil d'Etat en 1995 pour défendre le maintien du recours pour excès de pouvoir dans le cas où « le juge serait amené à statuer dans une matière où l'appréciation des faits est particulièrement difficile : une chose est alors d'estimer que la sanction est excessive, une autre de fixer son juste niveau ».

17. Un choix nécessairement favorable au justiciable ? La réponse à cette interrogation semble évidente. En permettant une exacte adéquation entre l'acte administratif et la situation litigieuse, le juge de plein contentieux protégerait au mieux les intérêts du justiciable. On peut tout de même soutenir qu'une telle analyse est en partie discutable. L'exemple des sanctions administratives permet de le montrer. Il convient pour cela de comparer l'utilisation du plein contentieux et du recours pour excès de pouvoir (lorsque le juge y opère un contrôle entier). Lorsque l'auteur d'une infraction conteste uniquement le montant de la sanction infligée le recours pour excès de pouvoir peut être plus avantageux. En effet, si la sanction est légèrement disproportionnée le juge de l'excès de pouvoir l'annulera alors que le juge de plein contentieux se serait contenté de la modérer. Le recours pour excès de pouvoir est ici plus favorable au requérant puisque la sanction disparaît alors qu'en cas de recours de plein contentieux la sanction est maintenue et son maintenant faiblement diminué.

II. La transformation actuelle du recours pour excès de pouvoir : le « nouveau recours pour excès de pouvoir », recours de pleine juridiction ?

L'opposition entre recours pour excès de pouvoir et pleine juridiction a considérablement évolué depuis une dizaine d'années. Si la nature et les traits du recours de plein contentieux sont restés stables, le recours pour excès de pouvoir a subi une mutation considérable. Le résultat de cette transformation est à certains égards paradoxal. Pour sauver le recours pour excès de pouvoir, il a été réformé en profondeur. Mais ce mouvement revient au fond à le transformer en une sorte de recours de plein contentieux. Les nouveaux pouvoirs du juge de l'excès de pouvoir (**A**) font douter de la pertinence contemporaine de la distinction entre recours pour excès de pouvoir et pleine juridiction (**B**).

A. Les nouveaux pouvoirs du juge de l'excès de pouvoir

La loi du 8 février 1995 est l'élément essentiel et le fait déclencheur de cette évolution. Son article essentiel, désormais codifié à l'article L.911-1 du Code de justice administrative, dispose que « lorsque sa décision implique nécessairement qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public prenne une mesure d'exécution dans un sens déterminé, la juridiction, saisie de conclusions en ce sens, prescrit, par la même décision, cette mesure assortie, le cas échéant, d'un délai d'exécution ». Cette réforme a eu un impact direct tout à fait spectaculaire (**1°**) et a suscité ou facilité d'importantes évolutions jurisprudentielles (**2°**).

1°) L'impact de la loi du 8 février 1995

18. Mode d'emploi du pouvoir d'injonction. Le Conseil d'Etat a rapidement admis que le juge de l'injonction était un juge de pleine juridiction, ce qui a pour conséquence qu'il doit se placer à la date de sa décision pour apprécier, au vu d'éventuelles circonstances nouvelles survenues depuis l'édiction de l'acte attaqué, s'il doit enjoindre telle ou telle mesure à l'administration (CE, 4 juillet 1997, *Bourezak*). Il s'agissait en effet de régler la question en pratique décisive de la survenance de circonstances nouvelles. La position du Conseil d'Etat est synthétisée dans un avis rendu par la Section du contentieux en 1998 (CE, Sect., avis, 30

novembre 1998, *Berrad*, **doc. n°11**) : « Lorsque l'exécution d'un jugement ou d'un arrêt implique normalement, eu égard aux motifs de ce jugement ou de cet arrêt, une mesure dans un sens déterminé, il appartient au juge, saisi de conclusions sur le fondement des dispositions précitées, de statuer sur ces conclusions, en tenant compte, le cas échéant, après une mesure d'instruction, de la situation de droit et de fait existant à la date de sa décision ; si, au vu de cette situation de droit et de fait, il apparaît toujours que l'exécution du jugement ou de l'arrêt implique nécessairement une mesure d'exécution, il incombe au juge de la prescrire à l'autorité compétente ».

19. Annulation + injonction de prendre une mesure dans un sens déterminé = pleine juridiction ? On sait que ce qui distingue classiquement l'excès de pouvoir et le plein contentieux est que dans le premier cas le juge ne peut qu'annuler l'acte litigieux alors que dans le second il peut réformer l'acte, modifier son contenu. Or il est possible de soutenir que le pouvoir d'injonction (lorsque le juge ordonne de prendre une mesure déterminée) est l'équivalent du pouvoir de réformation. Un exemple concret est fourni par l'hypothèse où deux requérants contestent le refus de l'administration de leur verser une somme d'argent et où la jurisprudence *Lafage* déjà mentionnée (V. *supra* n°2) est applicable. Admettons que leurs prétentions soient justifiées et que l'un choisisse la voie du plein contentieux et l'autre la voie du recours pour excès de pouvoir. Le premier conclura directement au versement de la somme et le juge reconnaîtra le bien-fondé de sa demande. Le second demandera l'annulation du refus opposé par l'administration et qu'une injonction de lui verser la somme litigieuse soit prononcée en application de cette annulation. Le juge annulera et refus et ordonnera le versement de la somme. Le résultat obtenu, au terme d'une seule et unique décision de justice, sont *in fine* tout à fait équivalents. Car la décision du juge enjoignant (éventuellement sous astreinte, art. L.911-3 du Code de justice administrative) à l'administration d'émettre un acte (pécuniaire ou pas) a en pratique la même portée que la décision où le juge réformerait en ce sens le refus de l'administration d'émettre cet acte. Dans les deux hypothèses soit l'administration exécute la chose jugée soit elle s'y refuse et la seconde branche de cette alternative est fort heureusement de moins en moins couramment observée.

On constate ainsi que dans le contentieux des actes négatifs l'annulation est bien souvent le préalable à une injonction d'édicter l'acte positif souhaité par l'administré. Par exemple, lorsqu'un étudiant demande l'annulation d'un refus d'inscription c'est, si possible, pour obtenir en application de cette annulation qu'une injonction d'inscription soit prononcée. De même, lorsqu'un fonctionnaire demande l'annulation de son licenciement il conclut généralement aussi à ce que cette annulation soit jumelée avec une injonction de réintégration

et de reconstitution de carrière. L'annulation, qui était jusqu'en 1995 le seul horizon du juge de l'excès de pouvoir, est devenue dans de nombreuses hypothèses un simple préalable de l'injonction. Le contentieux de l'excès de pouvoir, en principe simple contentieux de l'acte querellé, devient alors plus largement un contentieux de la situation juridique litigieuse.

2°) Les évolutions jurisprudentielles postérieures

L'effet d'entraînement de la loi de 1995 sur le juge de l'excès de pouvoir a été considérable. Il n'hésite pas à détailler les effets de ses décisions (CE, Ass., 29 juin 2001, *Vassilikiotis*) ou encore, alors même que la loi ne prévoit que les injonctions prononcées à la demande du requérant, à opérer des sortes d'injonctions d'office (CE, 5 mars 2003, *Titran*). Trois arrêts nous semblent particulièrement significatifs pour illustrer cette transformation de l'office du juge de l'excès de pouvoir. Il s'agit des décisions *Hallal*, *Association AC !* et *Société Techna* .

20. La jurisprudence *Hallal.* Cet arrêt de Section (CE, Sect., 6 février 2004, *Hallal*, **doc. n°14**) élargit la faculté dont dispose le juge de l'excès de pouvoir d'opérer une substitution de motifs et d'ainsi éviter d'annuler certains actes administratifs. L'administration a désormais en cours d'instance la possibilité d'invoquer un nouveau motif afin de défendre la légalité de l'acte attaqué et ce même si elle ne se trouvait pas dans l'obligation d'édicter l'acte litigieux. Le juge administratif pourra reprendre à son compte ce nouveau motif s'il considère que l'administration aurait pris la même décision si elle s'était fondée initialement sur ce nouveau motif et si la substitution demandée ne prive pas le requérant d'une garantie procédurale liée au motif substitué. Ce raisonnement étend au cas de la substitution de motifs certaines des conditions de mise en œuvre de la neutralisation de motifs et de la substitution de base légale (CE, Sect., 3 décembre 2003, *Préfet de Seine-Maritime c/ El Bahi*).

Cet arrêt, en alignant les conditions de mise en œuvre de la substitution de motifs en excès de pouvoir sur celles applicables en matière de plein contentieux objectif (CE, Sect., 23 novembre 2001, *Compagnie nationale Air France*), illustre la transformation du recours pour excès de pouvoir en contentieux de la situation litigieuse et non plus simplement en simple procès fait à un acte.

21. La jurisprudence *Association AC !* L'arrêt *Association AC !* (CE, Ass., 11 mai 2004, **doc. n°15**) est probablement l'arrêt le plus important, au moins d'un point de vue conceptuel et théorique, rendu par le Conseil d'Etat depuis une quinzaine d'années. Le juge administratif s'y reconnaît en effet la possibilité de moduler dans le temps les effets de ses annulations d'actes administratifs après avoir rappelé le principe de la rétroactivité des annulations

juridictionnelles. Les conditions d'utilisation de ce pouvoir, qui a déjà été utilisé à trois reprises (V. en plus de l'arrêt AC !, CE, Sect., 25 février 2005, *France Télécom* et CE, 21 décembre 2006, *Union syndicale solidaires fonctions publiques et assimilés*), sont les suivantes. Si une annulation rétroactive risque d'entraîner des conséquences excessives, le juge peut après avoir mis en balance les avantages d'une modulation et ses inconvénients limiter dans le temps les effets de l'annulation soit en décidant que les effets de certains actes antérieurs à l'annulation sont réputés définitifs soit en décidant que l'annulation ne prendra effet qu'à une date ultérieure. Cette solution, qui ouvre peut-être la voie à la généralisation du recours pour excès de pouvoir contre les contrats administratifs, s'inscrit pleinement dans la logique de rapprochement entre le recours pour excès de pouvoir et la pleine juridiction.

22. La jurisprudence *Société Techna.* Cet arrêt de Section (CE, Sect., 27 octobre 2006, **doc. n°19**) illustre à la perfection que les pouvoirs du juge de l'excès de pouvoir débordent désormais de l'alternative classique suivant laquelle le juge ne pourrait que rejeter la requête ou annuler l'acte litigieux.

Le Conseil d'Etat y décide en effet que sa décision de rejet ne prendra effet que plusieurs mois plus tard et qu'elle devra être publiée au Journal officiel. Reposant sur une logique de protection de la sécurité juridique, exigence désormais très valorisée en droit français (V. notamment CE, Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et autres*), cette solution s'explique par la situation particulière de l'espèce. Après avoir suspendu en référé un règlement (en application de l'article L.521-1 du Code de justice administrative), le Conseil d'Etat a finalement rejeté au fond la demande d'annulation. Cette décision de rejet aurait dû avoir pour effet mécanique de redonner immédiatement force juridique au texte suspendu. Une telle solution aurait cependant violé les exigences de la sécurité juridique étant donné qu'un dispositif transitoire semblait nécessaire afin que les entreprises concernées puissent tirer les conséquences de cette réglementation un temps réputée illégale et finalement remise en vigueur. C'est pourquoi le Conseil d'Etat décide qu'il lui appartient, éventuellement d'office, de mettre en balance les difficultés liées à l'application immédiate de l'acte antérieurement suspendu et l'intérêt général s'attachant à cette entrée en vigueur et de déterminer s'il convient que la décision de rejet ne prenne effet qu'à une date ultérieure déterminée par ses soins. Le Conseil d'Etat n'hésite ainsi pas à faire acte d'administrateur.

L'équilibre entre administration et juge administratif est ainsi rompu, le seconde se reconnaissant de nouveaux pouvoirs afin, le plus souvent, de protéger plus efficacement les exigences de l'intérêt général.

B. La distinction entre nouveau recours pour excès de pouvoir et pleine juridiction a-t-elle encore un sens ?

L'élément essentiel distinguant recours pour excès de pouvoir et plein contentieux objectif est traditionnellement l'étendue des pouvoirs de décision du juge. Les développements qui précèdent démontrent qu'il a quasiment disparu. D'autres traits des régimes juridiques applicables à ces recours justifient-ils alors en l'état actuel du droit positif que la distinction soit conservée ? On peut en douter dans la mesure où les oppositions procédurales qui demeurent sont pour la plupart mineures et à nuancer (**1°**) et où la dernière différence significative, la date à laquelle le juge se place pour statuer, est en voie de dépassement (**2°**).

1°) Des oppositions procédurales mineures à nuancer

Un certain nombre d'auteurs soutiennent encore aujourd'hui que la qualification d'un recours comme d'excès de pouvoir ou de pleine juridiction demeure essentielle et commande de nombreux éléments de son régime juridique : le ministère d'avocat est en principe obligatoire dans un cas et pas dans l'autre ; l'autorité de chose jugée est variable ; les régimes des interventions, désistements, renonciations et autres demandes reconventionnelles sont distincts…Autrement dit, si le critère de la distinction (les pouvoirs de décisions du juge) s'efface, les conséquences de la distinction demeureraient en grande partie. A chaque branche du contentieux correspondrait un régime juridique particulier.

23. Les conséquences de l'hétérogénéité du plein contentieux. L'analyse qui précède n'est pas convaincante car elle repose sur un postulat implicite qui est erroné. Elle ne serait le cas échéant pertinente que si le plein contentieux présentait un régime juridique sinon unique à tout le moins nettement homogène. Or tel n'est absolument pas le cas. Par suite, les différents traits réputés spécifiques au recours pour excès de pouvoir se rencontrent également le plus souvent dans quelques hypothèses relevant de la pleine juridiction. Dès lors, suivant le point de procédure évoqué, tel ou tel recours de plein contentieux se rapproche ou s'oppose à l'excès de pouvoir. On ne peut dans ces conditions affirmer que la pleine juridiction dans son ensemble s'oppose sur ces questions au recours pour excès de pouvoir mais uniquement que certains recours de pleine juridiction se distinguent sur tel ou tel point du recours pour excès de pouvoir et de quelques autres recours de pleine juridiction.

24. Exemples. L'illustration la plus significative est sans doute celle de l'obligation de ministère d'avocat, question qui a eu une importance majeure dans l'histoire de la distinction des contentieux puisque c'est seulement suite au décret du 2 novembre 1864 l'en dispensant que le recours pour excès de pouvoir s'est véritablement développé. On affirme traditionnellement que le recours pour excès de pouvoir est dispensé de ministère d'avocat à l'inverse de la pleine juridiction. Mais les exceptions à ce principe sont tellement nombreuses que la plupart des recours de plein contentieux peuvent être présentés en premier ressort sans ministère d'avocat (art. R.431-3 du Code de justice administrative). De même, l'autorité de chose jugée des annulations est absolue en matière d'annulation pour excès de pouvoir (CE, 28 mai 2001, *Commune de Bohars*) et n'est généralement que relative en plein contentieux mais les décisions d'annulation ou de réformation d'élections ou encore celles reconnaissant la qualité de réfugié ont également une autorité absolue.

Et l'on pourrait donner d'autres illustrations à propos de l'intérêt pour agir (entendu en principe strictement en plein contentieux mais aussi parfois très largement, comme en excès de pouvoir, en matière électorale par exemple), du régime des interventions, de celui des conclusions reconventionnelles ou de celui du délai de recours contre une décision implicite de rejet. Dans tous les cas ou presque, on trouvera toujours des recours de pleine juridiction soumis au même régime que le recours pour excès de pouvoir.

Il ne reste alors plus que quelques règles d'importance mineure et d'utilisation rarissime, telles celles portant sur les modalités de retrait d'un éventuel désistement, les possibilités de renonciation à l'exercice du recours, où semble exister une ligne de clivage nette entre excès de pouvoir et pleine juridiction.

2°) La dernière différence significative : la date à laquelle se place le juge pour statuer

25. Une opposition en apparence absolue. La légalité de la décision contestée s'apprécie à la date de son édiction en matière d'excès de pouvoir (c'est la logique du procès fait à un acte) et à celle de la décision juridictionnelle en matière de plein contentieux (c'est la logique d'un contentieux de la situation litigieuse dans son ensemble ; CE, Sect., 19 novembre 2004, *Ramond*, **doc. n°16**). Cette dualité de régime juridique repose sur la logique traditionnelle des différents types de recours.

26. Une opposition à nuancer. La possibilité pour le juge de cristalliser efficacement la situation contentieuse grâce aux procédures d'urgence issues de la loi du 30 juin 2000 et le

fait que le juge de l'injonction apprécie les implications nécessaires d'une annulation à la date de cette dernière rendent cependant cette opposition bien souvent purement formelle.
Un récent avis contentieux du Conseil d'Etat (CE, avis, 26 juillet 2006, *A.*, **doc. n°18**) illustre bien le fait que l'utilisation du pouvoir d'injonction conduit au dépassement de cette opposition et amène le juge de l'excès de pouvoir, s'il veut pleinement user des potentialités du pouvoir d'injonction, à se placer dans certaines situations à la date du jugement. Dans cette affaire, le tribunal administratif de Dijon interrogeait le Conseil d'Etat sur les modalités de décompte de la perte de point de permis de conduire à l'occasion de la contestation pour excès de pouvoir de la décision administrative notifiant la perte de validité d'un permis de conduire pour défaut de points. La réponse du Conseil d'Etat invite clairement le juge du fond à se placer à la date de sa décision et ce alors même qu'il s'agit d'un recours pour excès de pouvoir : « Dans l'hypothèse où le juge, saisi d'un recours en excès de pouvoir contre cette décision, est conduit à constater que des points ont été illégalement retirés au conducteur, il lui appartient de soustraire du total des points retirés à ce dernier, qui peut être supérieur à douze, ceux qui l'ont illégalement été et de rechercher si, compte tenu de cette soustraction, le nombre de points qui peuvent être légalement retirés au permis est, au jour où il statue, égal ou supérieur à douze ».

27. Conclusion générale. Il ressort des développements qui précèdent que la distinction des contentieux a subi deux profondes évolutions convergentes ces dernières années. La logique voudrait sans doute qu'elle soit abandonnée et que recours pour excès de pouvoir et plein contentieux objectif fusionnent comme l'a proposé le meilleur spécialiste français du contentieux administratif, le professeur René Chapus : « On pourrait même commencer à croire que ce je j'appellerai "le nouveau recours pour excès de pouvoir" naîtra un jour de la fusion entre le recours pour excès de pouvoir actuel et les recours objectifs de plein contentieux ».